

**AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

BURKINA FASO

UNITE – PROGRES – JUSTICE

**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2019-L0168/ARCOP/ORD

sur recours de la société Générale Africaine des Services (GAS) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°23/2018 pour la fourniture, l'installation et la mise en service de divers équipements à la centrale Ouaga II et l'acquisition d'un turbo compresseur et lot de pièces de rechange pour la centrale Ouaga I (lots 04 et 05).

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

- Vu** *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 29 mai 2019 de la société GAS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Charles SAWADOGO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Silamana SOMANDA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Maitre Moumouni GNESSIEN et Monsieur Spinoza KAFANDO, respectivement conseil et technicien de la société GAS ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Hamidou SAWADOGO et Dramane KOUGWINDEGLE, respectivement Chef de service SPTN et Agent du service marché de la SONABEL ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Maitre Idrissa Alayidi BA, Messieurs Désiré SAWADOGO, Dramane OUEDRAOGO et Blaise SAWADOGO, respectivement Avocat, Actionnaire et Agents du service d'appel d'offres de l'entreprise CIBEXI-IC ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique;

considérant que le recours concerne la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°23/2018 pour la fourniture, l'installation et la mise en service de divers équipements à la centrale Ouaga II et l'acquisition d'un turbo compresseur et lot de pièces de rechange pour la centrale Ouaga I (lots 04 et 05) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaître;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique susvisée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- (...);
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission

d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas.

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine.

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;

(...) » ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien n°2582 du lundi 27 mai 2019, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 29 mai 2019 ; que Générale Africaine Service a saisi l'ORD par lettre en date du 29 mai 2019 ; que par ailleurs, le recours est conforme aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

la SONABEL a lancé l'appel d'offres n°23/2018 pour la fourniture, l'installation et la mise en service de divers équipements à la centrale Ouaga II et l'acquisition d'un turbo compresseur et lot de pièces de rechange pour la centrale Ouaga I (lots 04 et 05) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise Générale Africaine Service (GAS) conforme aux dossiers d'appel d'offres (DAO), cependant le marché a été attribué à CIBEXI-CI en raison du caractère moins disant de son offre ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et demande l'annulation pure et simple des lots 4 et 5 de la procédure d'appel d'offres au motif qu'il a été confronté à une pratique anticoncurrentielle de la part du fabricant (ABB) qui a établi un quasi-monopole au profit de son concurrent, attributaire provisoire du marché (CIBEXI-IC) ; que faute de n'avoir pas eu au préalable une cotation du fabricant qui lui a notifié son refus cinq (05) jours avant le dépouillement, il a proposé un coût élevé ; que cette pratique du fabricant est récurrente et constitue à la limite un abus de position dominante au profit de l'entreprise CIBEXI-IC, ce qui constitue une violation des principes de libre concurrence, de transparence et d'économie de la commande publique ; que dans l'appel en cause de même que les appels d'offres précédents, les spécifications techniques sont précises et claires en ce qu'elles

orientent directement sur le fabricant ABB, ce qui est une violation de l'article 87 alinéa 1^{er} du décret n°2017-049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 ; qu'en agissant ainsi la SONABEL viole manifestement la réglementation en vigueur ; qu'il fait observer que l'analyse n'a pas été bien faite parce que, sans autorisation du fabricant, son offre ne devrait pas être déclarée conforme ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de constater la violation de la réglementation ;

sur la discussion,

considérant que toute décision d'attribution d'un marché public doit respecter les principes fondamentaux de la Commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la reconnaissance mutuelle, l'efficacité et l'économie de la commande publique, la transparence dans les procédures et qui sont définis à l'article 2 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;

considérant que la CAM a noté que le fabricant ABB est le seul capable de fournir les pièces de rechange requises par le dossier ; que la marque ABB est mondialement reconnue et l'autorisation dudit fabricant peut être obtenue partout dans le monde à travers ses différentes représentations ; qu'elle fait observer que les contrefaçons sont nombreuses dans ce domaine ; que pour ce faire des démarches ont été faites à plusieurs reprises pour obtenir l'autorisation de passer par la procédure d'entente directe, mais les autorités compétentes n'ont pas accédé à cette requête ; que l'analyse a été bien faite et elle n'a pas relevé l'absence de l'autorisation du fabricant dans l'offre du requérant car celui-ci a les compétences au regard de ses expériences pour exécuter un tel marché ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens ci-dessus développés ;

considérant que l'attributaire provisoire soutient que le requérant n'est pas fondé à ce stade de la procédure a soulevé un tel argumentaire ; qu'il n'est plus dans les délais pour contester le dossier d'appel à concurrence ; que sa plainte doit purement et simplement être rejetée car elle se fonde sur des suppositions ; que rien n'interdit à un fabricant de choisir son représentant ou de choisir à qui donner son autorisation de fabricant ; qu'en l'espèce, il est cité pour faire le procès du fabricant ABB ; que le fait d'avoir l'autorisation du fabricant ABB ne saurait lui être reproché car il remplit les conditions pour avoir cette autorisation et la procédure est ouverte à toutes les entreprises qui souhaitent intégrer la chaîne de distribution ;

considérant que la plainte du requérant vise à établir une pratique anticoncurrentielle de la part du fabricant ABB ; que selon ses explications, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, l'efficacité et l'économie de la commande publique, la transparence dans les procédures ont été violées ;

que l'ORD note après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles que la procédure a été conduite de manière transparente et les soumissionnaires ont été évalués sur la même base au regard des critères préalablement définis dans le dossier d'appel à concurrence ; que la CAM n'a favorisé aucun soumissionnaire ; que le fabricant demeure libre de donner son autorisation à tel ou tel entreprise selon ses critères et politique de commercialisation ; que le requérant n'a pas pu apporter la preuve qu'il remplit les conditions pour être revendeur de ABB et que malgré tout, l'autorisation lui est refusée ; que mieux, ABB n'est pas partie à cet appel d'offre directement ; que si tant est que le requérant était convaincu que le dossier d'appel à concurrence violait de façon caractérisée la réglementation, il se devait de le contester dans le respect des dispositions de l'article 33 du décret n°2017-0049 ci-dessus visé ; qu'en ayant pas procédé ainsi, ses moyens ci-dessus allégués a posteriori ne sauraient prospérer ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondé et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de la société Générale Africaine des Services est recevable ;

-que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte de la société Générale Africaine des Services n'est pas fondée ;

-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres n°23/2018 pour la fourniture, l'installation et la mise en service de divers équipements à la centrale Ouaga II et l'acquisition d'un turbo compresseur et lot de pièces de rechange pour la centrale Ouaga I (lots 04 et 05) ;

-que le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation de la commande publique est chargé de notifier aux parties et à la Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers la présente décision qui sera publiée où besoin sera.

Ouagadougou, le 05 juin 2019

Le Président de séance

Charles SAWADOGO
Chevalier de l'Ordre du Mérite